

NEW SLOT - TAR RESPINGE I RICORSI: PENALI PER CIRCA 10 MILIONI DI EURO, PENDE ANCORA PROCEDIMENTO PER SANZIONI MILIARDARIE - AGIPRO News:

(red.) Penali complessive intorno ai 10 milioni di euro per i dieci concessionari delle New Slot, nessuna attinenza con i risarcimenti miliardari (circa 98 miliardi poi ridotti a 90) richiesti dalla Corte dei Conti nel maggio 2007, su cui la Cassazione dovrà decidere il conflitto di giurisdizione tra Tar Lazio e Corte dei Conti...

26/11/2009

TAR LAZIO. RESPINTI I RICORSI PER LE PENALI NEWSLOT. (testo della sentenza)

(Jamma) Il Tar Lazio ha respinto i ricorsi proposti dai dieci concessionari per le penali delle Newslot.

Ai gestori è stato contestato il mancato rispetto di una serie di prescrizioni previste dalle convenzioni firmate con i Monopoli di Stato e tra le tante la mancata correttezza delle modalità di gioco e la trasparenza delle vincite. Il Collegio osserva che i provvedimenti impugnati "appaiono correttamente ed adeguatamente motivati, avendo l'amministrazione precedente esercitato il potere di comminazione delle penali nell'ambito del quadro di configurazione delineato in termini di particolare puntualità e specificità". Inoltre, sempre il Collegio, ritiene che non sia stata fornita "prova adeguata dell'impossibilità della prestazione dovuta, essendosi le ricorrenti limitate ad apodittiche affermazioni in ordine alle difficoltà riscontrate per il numero elevato degli apparecchi da collegare, circostanze conosciute al momento dell'assunzione dell'impegno contrattuale e in relazione alle quali avrebbe dovuto essere diversamente atteggiato lo sforzo richiesto per l'esecuzione della prestazione dovuta". Per le prossime ore si attende la pubblicazione delle sentenze relative a oltre 30 ricorsi presentati nel 2008.

La vicenda nasce a giugno del 2007, quando i Monopoli, sulla base degli accertamenti condotti Procura Regionale del Lazio della Corte dei Conti, inoltra ai concessionari una richiesta di risarcimento per presunto danno erariale. Ad aprile del 2008 il Tar annulla le multe 'perche' adottate a prescindere dalla preliminare verifica di ragionevolezza e congruità rispetto agli inadempimenti, al loro impattare sulla buona attuazione del rapporto contrattuale, alle conseguenze negative sull'ottimale realizzazione dell'interesse pubblico perseguito'. Le multe vengono quindi rideterminate dai Monopoli, questa volta in maniera legittima, almeno a giudizio del Tar. Sulla vicenda, tuttavia, pende ancora, in Cassazione, il regolamento di giurisdizione per decidere se sulla materia sia competente a decidere il giudice amministrativo o il giudice contabile.

Di seguito il testo di una delle sentenze

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale proposto da:
XXXXXX, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.
XXX, con domicilio eletto presso XXXXXX in Roma, via Panama, 58;

contro

Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, in persona del Direttore pro tempore, e
Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del ministro pro tempore, rappresentati e
difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi,
12;;

per l'annullamento

del decreto del 1° ottobre 2008 prot. n. 38108/Giochi/UD con il quale la Direzione Giochi
dell'AAMS ha disposto l'irrogazione a carico della ricorrente della penale di cui all'art. 27,
comma 2, lett. b) della Convenzione di concessione per l'importo di euro 60.413,00;

di ogni altro atto o provvedimento presupposto, consequenziale e/o connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2009 il dott. Giampiero Lo Presti e uditi
per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente è risultata aggiudicataria della gara , pubblicata sulla G.U.C.E. 2004/s77 del 20
aprile 2004, indetta per l'affidamento dell'attivazione e della conduzione operativa della rete
per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento ed
intrattenimento, nonché delle attività e funzioni connesse.

La procedura ad evidenza pubblica è stata disposta ed avviata conformemente alla previsione
di cui all'art. 14 bis, comma 4, del d.p.r. n. 640/1972, come modificato dall'art. 39, comma
12, del d.l. 30.9.2003 n. 269, collegato alla legge finanziaria per il 2004 e convertito dalla
legge 24.11.2003 n. 326, che ha previsto la gestione in via telematica del gioco tramite
apparecchi da divertimento ed intrattenimento che erogano vincite in denaro, previa
realizzazione di una o più reti da affidare in concessione a soggetti terzi da individuarsi
mediante gara pubblica entro la data del 30 giugno 2004.

I concessionari così individuati, nel numero complessivo di dieci, sono quindi chiamati a
collocare e gestire sul mercato italiano, tramite rete telematica, gli apparecchi da gioco lecito,
previo rilascio di nulla osta all'esercizio da parte dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato
(AAMS) per ciascun apparecchio, effettuando la raccolta delle giocate e versando all'Erario il
prelievo unico previsto e un canone di concessione.

Il rapporto concessorio è regolato da apposita convenzione stipulata all'esito della procedura
di aggiudicazione, e successivamente modificata secondo il contenuto dell'Atto aggiuntivo ed

integrativo sottoscritto nel corso dell'anno 2008, previo parere favorevole del Consiglio di Stato e per recepire le indicazioni della Risoluzione n. 7-00254 approvata dal Parlamento in data 26 luglio 2007 e della successiva Direttiva del Governo del 1° agosto 2007.

La Convenzione, per quanto di interesse in questa sede, prevede all'art. 3 una serie di adempimenti, a carico dei concessionari, per l'avviamento e l'attivazione della rete telematica e per il collegamento degli apparecchi di gioco alla rete telematica entro termini prestabiliti e, all'art. 27, una serie di penali per il caso di inadempimento o adempimento tardivo.

La fase di avvio del servizio ha però visto, per una serie di difficoltà di carattere tecnico inerenti sia la connettività della rete prescelta sia l'attivazione degli apparecchi da gioco, sensibili rallentamenti rispetto ai tempi originariamente previsti nel capitolato e, conseguentemente, il mancato rispetto dei termini specificamente previsti nella convenzione.

Con provvedimento in data 22 giugno 2007 AAMS ha quindi provveduto a comminare al concessionario le penali di cui al citato art. 27 della convenzione nel testo precedente alle modifiche successivamente introdotte con l'atto aggiuntivo del 2008.

La determinazione in misura fissa – e per importi assai rilevanti – delle predette penali è stata seguita da interventi parlamentari e governativi volti a sollecitare una modifica delle previsioni convenzionali nel senso di una rimodulazione delle penali alla stregua dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, e sulla base di parametri concreti che tengano conto anche delle modalità di attivazione e funzionamento degli apparecchi, e, successivamente, dalla stipulazione di un Atto aggiuntivo e integrativo della Convenzione.

Il provvedimento irrogativo della penale è stato quindi impugnato dalla ricorrente ed annullato con sentenza di questa Sezione n. 2723 del 23.1.2008.

L'Amministrazione ha quindi provveduto ad una nuova comminazione delle penali in ottemperanza al giudicato ed alla luce delle prescrizioni dell'art. 27 della convenzione come riformulato in base all'atto aggiuntivo del 2008.

I provvedimenti irrogativi prendono le mosse dalla contestazione alla ricorrente dei seguenti inadempimenti:

-) violazione dell'art. 3 comma 1, lett. b) della convenzione di concessione nella parte in cui prevede l'obbligo del concessionario di assicurare l'avviamento della rete telematica entro il settantacinquesimo giorno dalla data di pubblicazione dell'elenco dei concessionari, collegando un numero di apparecchi pari ad almeno il 5% del numero di apparecchi di gioco indicati nella dichiarazione iniziale;

-) violazione dell'art. 3, comma 1 lett. d) e commi 2 e 3 della convenzione di concessione, per la parte in cui prescrive l'obbligo del concessionario di completare l'attivazione della rete entro il 31 ottobre 2004 ovvero di comunicare formalmente il completamento dell'attivazione della rete collegando il 95% degli apparecchi di cui all'art. 3 comma 1 lett. d) punti 3 e 4 ;

-) violazione dell'art. 3 comma 3 della convenzione di concessione per la parte in cui prescrive l'obbligo del concessionario di collegare il residuo 5% degli apparecchi entro il 31 dicembre 2004.

Per la prima violazione è stata concretamente comminata la sanzione di euro 30.907,00; per la seconda, è stata applicata una penale di euro 0,35 (in luogo di quella massima di 0,50) per ogni apparecchio con nulla osta intestato al concessionario e non collegato (dal 4 novembre 2004 al 31 dicembre 2004, per evitare duplicazioni e sovrapposizioni con la penale prevista per il ritardo successivo al termine del 31 dicembre 2004), per un importo complessivo di

euro 60.413,00; per la terza violazione è stata applicata una penale pari ad euro 112.199,50.

Nella concreta commisurazione degli importi dovuti, come risulta dalla motivazione dei diversi provvedimenti, risulta effettuato un apprezzamento della gravità dell'inadempimento contestato anche alla luce del rilievo attribuito alle difficoltà tecniche e operative denunciate dal concessionario in sede procedimentale.

Tutti e tre i provvedimenti sono stati impugnati con ricorsi chiamati in trattazione alla medesima udienza.

Con il gravame la ricorrente impugna il provvedimento indicato in epigrafe lamentandone l'illegittimità per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, difetto di motivazione, carenza dei presupposti, illogicità e contraddittorietà, violazione dell'art. 2 del d.m. 86/04, violazione del giudicato, travisamento dei fatti e sviamento del potere sotto diversi profili.

Assume, fra l'altro la ricorrente, che illegittimamente AAMS avrebbe ritenuto non collegati gli apparecchi alla rete telematica, fino al momento della effettività della trasmissione dei dati in via telematica, in quanto il collegamento dovrebbe considerarsi attuato già al momento della registrazione di ogni apparecchio nelle banche dati anagrafiche gestite dal concessionario (che garantisce la raccolta dei dati di funzionamento e di gioco) , e quindi a prescindere dalla trasmissione dei dati medesimi al sistema centrale.

Lamenta poi l'inadeguatezza della motivazione dei provvedimenti impugnati, che non darebbero in alcun modo conto delle ragioni per le quali sono state disattese le deduzioni di parte e ritenuti comunque sussistenti i presupposti per la comminazione delle sanzioni, nonché la violazione del giudicato formatosi sul pregresso annullamento delle sanzioni già comminate nella parte in cui evidenziava l'esigenza di un adeguato apprezzamento del complessivo andamento del rapporto contrattuale e dell'attualità e fattibilità dell'interesse pubblico perseguito, nonché di una coerenza con l'equilibrio del sinallagma contrattuale.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata deducendo l'infondatezza di tutte le doglianze e chiedendo il rigetto del gravame.

Alla pubblica udienza del giorno 24 giugno 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione; la decisione è stata assunta nelle camere di consiglio dei giorni 24 giugno e 25 settembre 2009.

DIRITTO

Ai fini della soluzione della presente controversia, in linea con quanto già ritenuto dalla Sezione in occasione della definizione dei giudizi inerenti i provvedimenti di originaria comminazione delle penali per il ritardo dei concessionari nell'adempimento degli obblighi di cui all'art. 3 della convenzione accessoria all'atto di concessione per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento ed intrattenimento e con quanto, peraltro, affermato dal Consiglio di Stato, in occasione del parere reso il 13.11/4.12.2007 sull'atto aggiuntivo ed integrativo della convenzione, il Collegio ritiene di dovere prendere mosse dalla corretta qualificazione della clausola di cui all'art. 27 della convenzione in termini di clausola penale.

Il potere dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato di comminare penali per le ipotesi di inadempimento o tardivo adempimento degli obblighi assunti con la convenzione che regola il rapporto concessorio in parola, e in particolare, per quanto qui interessa, degli obblighi di cui all'art. 3, lungi dal potere essere genericamente qualificato in termini di potere unilaterale autoritativo, che come tale dovrebbe trovare fondamento nella legge e assumere contenuto tipizzato, si atteggia infatti come potere che trova fondamento in una previsione

convenzionale, oggetto di libera pattuizione delle parti ai fini della corretta ed equilibrata regolamentazione del rapporto concessorio instaurato con l'aggiudicazione e l'affidamento del servizio in esito a procedura di evidenza pubblica.

La dimensione del richiamato potere, il suo concreto atteggiarsi, i presupposti di configurazione e gli stessi parametri di quantificazione del dovuto trovano fonte e qualificazione nella prestazione del consenso idoneo a fondare l'assunzione di un vincolo negoziale reciproco, nell'ottica della complessiva ed equilibrata regolamentazione del rapporto contrattuale.

Il principale elemento di verifica e riscontro della legittimità e correttezza dell'esercizio del potere di applicazione della penale, dunque, va rintracciato proprio nella stessa clausola penale la cui forza ed efficacia vincolante per i concessionari trova origine nella libera espressione del consenso negoziale, reso all'atto della stipulazione della convenzione.

E' cioè alla luce dei criteri di individuazione dei presupposti (inadempimento o tardivo adempimento degli obblighi indicati) e dei parametri di quantificazione del dovuto previsti nella clausola di cui all'art. 27 della convenzione che bisogna – anche in sede giudiziale – procedere per verificare la effettività e correttezza della pretesa del creditore, cioè dell'Amministrazione che ha azionato il potere di comminazione della penale. Criteri e parametri che, peraltro, nel caso di specie, si caratterizzano precipuamente in termini di estrema puntualità e specificazione, a garanzia dell'interesse di entrambi i contraenti alla massima predeterminazione possibile dell'ambito di configurazione delle penali nella materia regolata dalla convenzione.

Naturalmente, simile giudizio non può prescindere però – in via preliminare – dall'interpretazione della clausola in parola, tenendo conto, da un lato, della sua caratterizzazione funzionale, e, dall'altro, della specificità di un rapporto contrattuale che riguarda pur sempre la gestione di un servizio pubblico e involge, dunque, l'attuazione del pubblico interesse.

Sotto il primo profilo, è sufficiente rammentare che la clausola penale (concordemente con quanto sul punto sostenuto dal Consiglio di Stato nel parere sopra menzionato) assume una caratterizzazione teleologica mista, rispondendo primariamente alla funzione di determinazione forfettaria e preventiva dei danni risarcibili, che consente alle parti di sfuggire all'alea della prova del quantum del danno acquisendo sin dall'inizio la certezza delle conseguenze economiche che derivano dagli inadempimenti; ma operando anche in funzione sanzionatoria e preventiva dell'inadempimento.

La natura mista fa sì che, se per un verso l'ammontare della penale deve essere tendenzialmente rapportato all'entità del danno effettivamente provocato dall'inadempimento, per altro verso è anche possibile che la penale assuma un'entità superiore al danno in ragione dello specifico interesse del creditore all'adempimento e delle connesse esigenze preventivo-sanzionatorie.

Sotto il secondo profilo, invece, lo specifico rilievo pubblicistico del rapporto contrattuale in questione e la natura pubblica dell'interesse involto impongono che l'esercizio del potere convenzionale di comminazione della penale sia adeguatamente rapportato alla concreta interazione dell'inadempimento con l'interesse pubblico gestito, richiamando una valutazione di tipo solo *latu sensu* discrezionale.

La discrezionalità involge, in primo luogo, come peraltro espressamente previsto dalla clausola dell'art. 27, la facoltatività del ricorso al rimedio contrattuale in parola, alternativamente al ricorso ai rimedi ordinari che garantiscono un risarcimento non nella misura forfettaria predeterminata, ma rapportato all'entità del danno effettivamente subito, sia pure condizionatamente al normale assolvimento dell'onere della prova; in secondo luogo

implica una modalità di concreto dimensionamento della penale applicabile necessariamente correlata al tipo di inadempimento, alla sua correlazione con l'interesse pubblico e, quindi, al danno arrecato in termini di implicazioni negative sull'ordinario e regolare esplicarsi del servizio e sulla buona realizzazione dell'interesse pubblico perseguito.

In termini più sintetici e riepilogativi, la comminazione della penale non può non essere accompagnata da una adeguata considerazione dell'equilibrio economico contrattuale complessivo, quale si viene ad atteggiare in un rapporto contrattuale finalisticamente orientato alla realizzazione di un pubblico interesse.

Sarà quindi censurabile in sede giurisdizionale una penale che, nel suo concreto dimensionamento, risulti sganciata dai presupposti sopra menzionati e, alla fine, ingiustificata alla stregua dell'equilibrio contrattuale complessivo.

In questa prospettiva la Sezione ha, con il giudicato sopra menzionato, annullato le originarie comminazioni di penali ex art. 27 a carico dei concessionari, determinate in misura fissa, perché adottate a prescindere dalla preliminare verifica di ragionevolezza e congruità rispetto agli inadempimenti, al loro impattare sulla buona attuazione del rapporto contrattuale, alle conseguenze negative sull'ottimale realizzazione dell'interesse pubblico perseguito.

Nella medesima prospettiva però, occorre osservare che, in esecuzione del giudicato, e tenendo conto delle coerenti indicazioni desumibili dalla risoluzione parlamentare del 26 luglio 2007, la clausola penale dell'art. 27 della Convenzione è stata riformulata e modificata con l'atto aggiuntivo e integrativo della convenzione del 2008, con l'espresso riferimento, ai fini della determinazione e commisurazione della penale, a canoni di ragionevolezza e proporzionalità rispetto all'inadempimento accertato ed al danno effettivamente arrecato.

I predetti canoni, lungi dall'implicare il necessario dimensionamento della penale negli esatti limiti di un danno effettivamente provato (la clausola penale, per definizione, rimanda ad una determinazione forfettaria del danno che prescinde dalla prova della sua effettiva entità), mirano ad evitarne una quantificazione in misura fissa, sganciata dalla concreta considerazione dell'equilibrio economico contrattuale, imponendo una attenta e puntuale considerazione di tutti gli elementi della fattispecie che abbiano potuto assumere rilevanza nel concretarsi dell'inadempimento e nel processo causativo del danno, affinché la misura della penale effettivamente comminata risulti tendenzialmente coerente con il pregiudizio implicato all'ottimale svolgimento del servizio ed alla buona realizzazione dell'interesse pubblico perseguito.

Ciò detto, il Collegio osserva che i provvedimenti impugnati in questa sede appaiono correttamente ed adeguatamente motivati, avendo l'Amministrazione procedente esercitato il potere di comminazione delle penali nell'ambito del quadro di configurazione delineato dalla clausola contrattuale in termini, come detto, di particolare puntualità e specificità.

I presupposti sono stati individuati nelle fattispecie di inadempimento (o tardivo adempimento) degli obblighi convenzionalmente assunti tassativamente dettagliate dalla stessa clausola con riferimento alle ipotesi di ritardo nell'avviamento della rete telematica, di ritardo nell'attivazione della rete e di ritardo nel completamento del collegamento degli apparecchi.

L'effettività degli inadempimenti è stata riscontrata a livello istruttorio tenendo conto dei criteri previsti dal Capitolato tecnico, da un lato, e dall'altro delle scadenze temporali consensualmente pattuite con i concessionari all'art. 3 della convenzione accessoria alla concessione del servizio.

Si è poi proceduto alla considerazione dell'impatto negativo dei ravvisati inadempimenti sulla

buona attuazione del servizio in ragione delle disfunzioni evidenziate.

La commisurazione del quantum dovuto, poi, lungi dal risolversi nella rigida applicazione della penale nella misura massima predeterminata, risulta chiaramente ispirata ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità introdotti con la clausola penale riformulata, considerato che proprio la valutazione degli elementi di difficoltà segnalati dal concessionario e del concreto dimensionarsi del sinallagma contrattuale nella sua fase di attuazione ha comportato la comminazione di penali in misura fortemente ridotta rispetto al limite massimo pattuito.

Dalla motivazione dei provvedimenti impugnati emerge infatti l'articolato giudizio espletato al fine di coniugare l'esigenza di un adeguato risarcimento del danno contrattuale subito dall'Amministrazione, in termini di tardata esplicazione del servizio nella sua complessità e conseguente pregiudizio all'ottimale realizzazione dell'interesse pubblico gestito, con la necessità della salvaguardia dell'equilibrio economico contrattuale, apparendo evidente come il dimensionamento della penale in maniera elastica e non rigidamente coincidente con il limite massimo pattuito trova razionale giustificazione soltanto e proprio nella considerazione della rilevanza riconosciuta agli elementi adottati dal concessionario, e sopravvenuti in fase di avvio dell'attuazione del sistema, incidenti sul peso e sulla complessità della prestazione contrattuale a carico del concessionario e tali da pregiudicare l'originario assetto di interessi programmato all'atto della stipulazione della convenzione.

In questa prospettiva non sembra al Collegio che le penali comminate alla ricorrente si prestino a quel giudizio di abusività o sconfinamento oltre i limiti propri della salvaguardia dell'equilibrio economico contrattuale che la legge rimette all'apprezzamento discrezionale del giudice (cfr. Cass. III, 19.1.2007 n. 1183).

Né l'esame specifico delle censure proposte con il ricorso introduttivo sembra potere condurre a conclusioni differenti.

Non sussiste la denunciata violazione dei principi di buon andamento e imparzialità nella gestione del rapporto contrattuale, considerato che, come sopra rilevato, proprio la consapevolezza della effettività delle difficoltà emerse in fase di start up ha portato ad una modulazione della penale in linea con le esigenze di salvaguardia dell'equilibrio contrattuale.

Non sussiste neanche la lamentata violazione dell'art. 2 del d.m. 86/2004.

Non può infatti convenirsi con la ricorrente nel ritenere adempiuto l'obbligo del collegamento alla rete degli apparecchi di gioco già al momento della loro registrazione nelle banche dati gestite dal concessionario ai fini della raccolta dei dati di funzionamento e di gioco, conformemente alla definizione di "apparecchio collegato" contenuta nel Nomenclatore delle definizioni allegato alla convenzione ed introdotto con l'atto aggiuntivo.

In proposito il Collegio osserva che tutte le previsioni convenzionali devono essere interpretate alla luce della loro caratterizzazione finalistica e non alla stregua di dati meramente formali o letterali.

Come emerge dalla Convenzione, infatti, i concessionari avrebbero dovuto garantire l'avviamento della rete telematica in parte entro il 13 settembre 2004 e nella sua interezza entro il 31 ottobre dello stesso anno, ponendo in essere tutte le attività necessarie a realizzare la configurazione prevista dalle specifiche tecnico funzionali ed il collegamento al sistema centrale degli apparecchi di gioco; all'esito di queste attività AAMS avrebbe potuto attribuire ai concessionari la conduzione della rete, conduzione in concreto avviata con notevole ritardo rispetto ai tempi previsti proprio in ragione del mancato tempestivo completamento delle attività di collegamento degli apparecchi al sistema centrale.

Le finalità così perseguite, sul piano pubblicistico, attengono evidentemente all'esigenza di un

controllo centralizzato sul funzionamento di ogni singolo apparecchio di gioco e sulla conformità dei software su essi installati alle regole tecniche dettate a tutela dei consumatori nonché all'esigenza di verifica del volume effettivo delle giocate da utilizzare come base imponibile per il calcolo del prelievo unico erariale.

Ora, non vi è chi non veda come soltanto l'effettivo collegamento degli apparecchi alla rete, con la trasmissione dei dati relativi al sistema centrale consente il perseguimento di tale obiettivo, cosicché soltanto all'atto di detto collegamento può ritenersi adempiuto l'obbligo di attivazione della rete previsto dall'art. 3, comma 1 lett. b) e d) e sanzionato dall'art. 27 comma 2 lett. a) e b), vista la finalizzazione delle relative prestazioni obbligatorie all'attuazione del controllo pubblico sugli apparecchi di gioco di cui all'art. 110 comma 6 del T.U.L.P.S.

La registrazione degli apparecchi nelle banche dati (concetto di apparecchio collegato di cui al Nomenclatore) è presupposto strumentale all'attuazione degli obblighi convenzionali sopra menzionati ma non può certo ritenersi che costituisca la principale prestazione dovuta così da consentire un giudizio di intervenuto adempimento dell'obbligo all'atto della semplice registrazione; diversamente argomentando saremmo in presenza di una ipotesi di prestazione inidonea allo scopo perseguito, mentre principale regola interpretativa del contratto, ai fini dell'individuazione della prestazione obbligatoria e, quindi, del contenuto dell'obbligo contrattuale, è quella per cui è dovuto il comportamento necessario alla realizzazione dell'interesse contrattuale tutelato (nel caso di specie, con ogni evidenza, l'effettiva attivazione della rete con il collegamento agli apparecchi e la trasmissione dei dati).

Sotto ulteriore profilo, poi, la ricorrente lamenta la non imputabilità a sua colpa dei riscontrati inadempimenti, richiamando le difficoltà tecniche riscontrate in fase di avvio di una rete telematica di particolare complessità ed asserite carenze tecniche degli apparecchi prodotti ed omologati da AAMS.

Sul punto il Collegio osserva in via preliminare che connotato essenziale della clausola penale è la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e, pertanto, essa non può trovare applicazione allorché l'inadempimento sia collegato all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata. La pattuizione di una penale, cioè, non sottrae il rapporto obbligatorio alla disciplina generale delle obbligazioni, con la possibilità per il debitore di escludere la propria responsabilità provando che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, cui accede la clausola penale, sia stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile o dall'inadempienza dell'altra parte rispetto a prestazioni correlate.

L'onere della prova dell'assenza di responsabilità imputabile è dunque a carico del debitore (art. 1218 c.c.) e la colpa dell'inadempimento è dunque presunta.

La ricorrente avrebbe allora dovuto provare in maniera stringente che il ritardato adempimento degli obblighi di avvio, avviamento e conduzione della rete siano dipesi esclusivamente da fatto non imputabile alla sua organizzazione e che, nonostante lo sforzo dovuto secondo un parametro di ordinaria diligenza (debitamente modulato in relazione alla specificità dell'oggetto del contratto) non avrebbe potuto rispettare le scadenze temporali pattuite per l'adempimento.

In questa prospettiva il Collegio, premesso che lo sforzo diligente richiesto per l'esecuzione di un appalto di particolare complessità e tecnicismo risulta evidentemente più elevato rispetto allo standard ordinario, anche in considerazione della specifica competenza professionale del concessionario nella materia, non ritiene che sia stata fornita prova alcuna dell'impossibilità della prestazione dovuta, essendosi la ricorrente limitata ad apodittiche affermazioni in ordine alle difficoltà riscontrate per il numero elevato degli apparecchi da collegare, per la rete di connettività prescelta nonché per le caratteristiche degli apparecchi da collegare: circostanze

tutte conosciute o conoscibili al momento dell'assunzione dell'impegno contrattuale ed in relazione alle quali avrebbe dovuto essere diversamente atteggiato lo sforzo richiesto per l'esecuzione della prestazione dovuta.

Il che trova ulteriore conferma nel fatto che la ricorrente stessa ribadisce come le difficoltà siano derivate dai limiti e dalle incompletezze delle previsioni progettuali, cioè da circostanze appunto conosciute o conoscibili al momento della partecipazione alla gara e che avrebbero probabilmente consigliato una diversa determinazione del contenuto dell'offerta.

I richiamati elementi di difficoltà quindi, come anche i lamentati malfunzionamenti del sistema AAMS per la ricezione dei dati, lungi dal costituire circostanze implicanti l'impossibilità assoluta della prestazione tempestiva, possono al più avere assunto una incidenza rilevante sull'equilibrio economico contrattuale, legittimando e giustificando soltanto una modulazione del risarcimento richiesto con l'esercizio della clausola penale in misura sensibilmente inferiore al massimo richiesto: il che, come visto, è stato positivamente apprezzato dall'Amministrazione nella concreta determinazione delle penali comminate, specialmente attraverso i riferimenti alla gravità dell'inadempimento (mediante l'utilizzazione di una formula tecnicamente impropria si è in sostanza valutato il concreto atteggiarsi dell'equilibrio contrattuale anche in ragione delle riscontrate difficoltà, onde pervenire ad una quantificazione della penale conforme ai parametri di ragionevolezza e proporzionalità contemplati nella clausola penale stessa).

Quanto poi alla presunta violazione del giudicato, emerge da quanto detto fin'ora che, al contrario, le nuove determinazioni adottate da AAMS si pongono in linea di coerenza con le indicazioni desumibili dal dictum di questo Tribunale nella misura in cui risultano volte a garantire una rispondenza delle penali comminate all'esigenza di salvaguardia dell'equilibrio contrattuale.

Inoltre, in sede procedimentale, sono state assicurate ai concessionari le più ampie garanzie partecipative, anche attraverso la presentazione di controdeduzioni difensive; è stato in particolare loro consentito l'accesso a tutti i dati utilizzati dall'Amministrazione ai fini della rilevazione degli inadempimenti contestati, così come è stato tenuto conto dell'apporto collaborativo ai fini della formazione di quel giudizio complessivo posto a fondamento della concreta commisurazione delle penali applicate a ciascuno.

Né si può dire che la pendenza del procedimento contabile presso la Corte dei Conti possa avere evidenziato un profilo di sviamento dalla causa tipica, considerato che il potere esercitato nella specie ha fonte convenzionale e una sua autonoma giustificazione causale riferibile interamente alla dinamica degli interessi coinvolti dal rapporto concessorio.

Così come irrilevante risulta ogni riferimento a presunti affidamenti ingenerati nel concessionario in ordine alla mancata attivazione del potere comminatorio, attesa la natura squisitamente contrattuale della vicenda; l'azione risulta infatti essere stata esercitata entro gli ordinari termini di prescrizione del diritto, mentre l'inerzia iniziale non può avere in alcun modo assunto rilievo fondante un affidamento ragionevole e giuridicamente rilevante in ordine ad una presunta volontà del creditore di rinunciare al risarcimento del danno subito. Non può riconoscersi simile rilevanza neanche alla circostanza dell'avvenuto riconoscimento ai concessionari della conduzione provvisoria della rete, attesa la natura interinale di detta misura che prescindeva da ogni accertamento preliminare sulla correttezza degli adempimenti intervenuti.

Per tutti questi motivi il ricorso va ritenuto infondato in tutti i diversi profili di doglianza e va quindi rigettato.

In considerazione della complessità della questione si ritiene sussistano giusti motivi per

disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dei giorni 24 giugno e 25 settembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giampiero Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

>> 2009-11-26 19:55 gr

PENALI NEWSLOT: AVV. SBORDONI, "SENTENZA TORNA A VANTAGGIO DEI CONCESSIONARI"

"Una sentenza che pur confermando le nuove penali torna in qualche modo a vantaggio dei concessionari". E' questo il giudizio dell'avv. Stefano Sbordoni, esperto di gaming, sulla decisione del TAR Lazio di confermare la legittimità delle penali ai concessionari delle newslot. "allo stato non posso dire quanto influisca sulla vicenda, ma la Cassazione" spiega infatti Sbordoni a Agicos, "dovrà tenere conto dei principi di diritto già espressi dal TAR". Sbordoni si riferisce al regolamento di giurisdizione che pende di fronte alla Corte di Cassazione per risolvere il conflitto di competenza tra TAR e Corte dei Conti. Una decisione da cui dipendono forti conseguenze economiche: di fronte al TAR infatti si è discusso delle penali conteggiate sulla base dei criteri più favorevoli introdotti nel 2008 con i nuovi accordi di convenzione. Il valore complessivo delle penali in questo caso ammonta a alcune decine di milioni di euro, la somma più consistente è stata contestata a Atlantis World - che

vanta il parco macchine maggiore - si parla di oltre 7,3 milioni di euro. La Procura Generale della Corte dei Conti invece basa il calcolo sui vecchi accordi, e in ultima battuta ha conteggiato una somma complessiva di 70 miliardi di euro (nel 2008 aveva condannato i concessionari al pagamento di 90 miliardi di euro, ma la sentenza venne annullata dallo stesso TAR Lazio). In altre parole, quindi, se la Cassazione, stabilisse tout court che la competenza spetta al giudice contabile, le sentenze di oggi servirebbero a poco, e i concessionari si troverebbero a far fronte a una richiesta di 70 miliardi di euro. "Se mai così fosse, oltre a rendere vane le corrette ragioni di diritto espresse dal TAR, si tratterebbe di un numero tanto eclatante quanto inutile" prosegue Sbordonì, "tenuto conto peraltro di quali sono i guadagni effettivi dei concessionari di rete. Per questo la Cassazione ha una responsabilità indiretta: se attribuisse la competenza al giudice contabile e senza magari enunciare principi a cui attenersi, si troverebbe a legittimare un cieco calcolo matematico che prescinde dalla realtà e giustifica l'evasione fiscale. In altre parole, per la Pubblica Amministrazione i danni sarebbero maggiori dei benefici: gli effetti della vicenda delle penali slot travolgerebbero la vicenda stessa". La sentenza del TAR, invece, sembra ponderare tutti questi aspetti: "richiama espressamente la sentenza dello stesso collegio del 2008. Il TAR ricorda di aver già accolto le istanze dei concessionari in base a criteri di proporzionalità e ragionevolezza- la mancanza dei quali aveva spinto il giudice amministrativo a annullare il primo conteggio della Corte dei Conti, NdR -. Adesso, il Collegio sembra aver riconosciuto che nelle nuove contestazioni si sia tenuto conto di quei principi".